



חוק-יסוד : מדינת ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי : משמעויות, פרשנות,

השלכות

כללי

במסמך זה אנו מבקשים להתייחס לחוק יסוד : ישראל מדינת הלאום של העם היהודי בנוסחו הסופי, למשמעויותיו והשלכותיו. וזאת, מנקודת מבט ציונית לחלוטין : מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, וכך ראוי שתשאר. אנו תומכים בחלק משמעותי מסעיפי החוק (כגון הדגל, הסמל, ההמנון, המחויבות ליהודים ואזרחים ישראלים בצרה ועוד).

עם זאת, יש לומר כבר בפתח הדברים – החוק פוגע בהגדרת המדינה שהיתה נוהגת עד היום. חוק זה נועד, על פי מחוקקיו, להיות "תעודת הזהות" של המדינה. זוהי תעודת זהות חסרה, מעוותת, היוצאת כנגד מגילת העצמאות, שהיא הביטוי ההולם ביותר להגדרת המדינה ומשקפת הסכמה רחבה בקרב הציבור היהודי. עיקר הבעיה היא במה שחסר בחוק: התייחסות למיעוטים ככאלה שהמדינה היא גם ביתם, והכרה בשוויון זכויות ובאזרחות מלאה לכל המיעוטים. מעבר לכך, סעיף 7 (התיישבות יהודית) לחוק טומן בחובו פוטנציאל פגיעה ואפלייה כלפי מי שאינם יהודים. כך גם הפגיעה במעמד השפה הערבית, ההתייחסות המשונה והמעליבה ליהודי התפוצות והחדרת היסוד של "זכות דתית" לסעיף הראשון.

סדר הדיון יהיה כדלהלן : נפתח במשמעויותיו של חוק היסוד ברמה הכללית (סעיפים 1-10) נעבור למשמעויותיו הפרשניות בהקשר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיפים 11 ו-12), ולמשמעויות עתידיות נוספות שלו (סעיפים 13-15). אחר-כך נדון בהוראותיו הספציפיות של חוק היסוד (סעיפים 16-22), בתכלית החוק (סעיפים 23-27) ובהשלכות נוספות שלו (סעיפים 28-32).

משמעויות כלליות לעניין זהות המדינה : הפרת האיזון – יהודית ודמוקרטית

1. הנקודה הבעייתית ביותר בחוק היא שהוא מעלה לרמה חוקתית גבוהה ומשוריינת את זהות המדינה כמדינת לאום יהודית, מבלי להעלות לאותו מעמד גם את זהותה הדמוקרטית ואת עקרון השוויון בפני החוק.

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

- אלוף (מיל') אורנה ברביבאי
- מר חן ליכטנשטיין
- גב' מול מועלם
- מר סלי מרידור
- מר אבינועם נאור
- עו"ד אבי פישר
- מר אביעד פרידמן
- ד"ר מיכל צור
- מר יוסי קוצ'יק
- מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

- השופטת רוזלי סילברמן אבלי, קנדה
- מר אליוט אברמס, ארה"ב
- ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
- גב' אן אפלכאוס, ארה"ב
- פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה
- השופטת דורית בניש, ישראל
- השופט סטיבן ברייד, ארה"ב
- ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב
- ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
- השופטת דליה דורנר, ישראל
- פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
- השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב
- פרופ' משה הלברטל, ישראל
- פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
- פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב
- פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
- השופט אברהם סופר, ארה"ב
- מר ברט סטפנס, ארה"ב
- פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
- פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
- פרופ' גבריאלה שלו, ישראל
- השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

- ד"ר ישי ג'סיס, פרס, אסטרטגיה
- פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר
- פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

- אלוף (מיל') עמיהי אילון
- פרופ' חנוך דגן
- פרופ' תמר הרמן
- פרופ' מוסטפא כבהא
- פרופ' עמיהי כהן
- פרופ' יותם מרגלית
- פרופ' יובל פלדמן
- פרופ' מרדכי קרמניצר
- פרופ' גדעון רהט
- ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר
- פרופ' איתן שיינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק כרמון

2. יש לציין כי לא זו בלבד שאין התייחסות לכך שישראל היא דמוקרטיה ואין אזכור למגילת העצמאות, אלא שההתייחסות לישראל בתור "מדינה יהודית ודמוקרטית ברוח ערכי ההכרזה על הקמת המדינה" הוצאה מהנוסח במפגיע ממש לקראת הקריאה הראשונה, והוצאתה וחסרונה אומרים דרשני. גם אם ההתייחסות הייתה נשאר, לא היה די בכך כדי לפצות על העדר ההכרה הברורה בשוויון זכויות מוחלט לכל מי שאינם יהודים, שחייבת להיות בחוק יסוד כזה הקובע את זהותה של המדינה. אולם הוצאת האפיון הזה של המדינה מדגישה ביתר שאת – **החוק מתנכר לאופי הדמוקרטי של המדינה ולערכי מגילת העצמאות.**

3. לא בכדי טרחו כותביה של הכרזת העצמאות, בצד הביטויים החזקים מאד על אופייה כמדינת לאום יהודית, לכלול בה יסודות כלל אזרחיים והתייחסות מפורשת לערבים הישראלים, לרבות קריאה להם "ליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד **אזרחות מלאה ושווה** ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". לכן, גם באה ההגדרה המשלבת והמאוזנת בחוקי היסוד מ-1992- "יהודית ודמוקרטית" (ומעולם לא היה ספק שיהודיות המדינה היא בראש ובראשונה אופייה הלאומי) וכן ניתן מעמד להכרזת העצמאות. הדבר נדרש כדי למנוע תפיסה לאומנית, פרטיקולריזם אתני קיצוני, וכדי להעמיד את המדינה על שתי רגליים- היהודית והדמוקרטית. מגמת החוק היא הפוכה.

4. בהקשר זה יש לציין נקודה חשובה: לטעמנו (כפי שיפורט בהמשך) לחוק בהחלט עלולות להיות בעתיד השלכות מעשיות, ובעיקר על הזכות לשוויון כפי שפורשה על ידי בית המשפט העליון (ובניגוד לחלק מטענות השווא שמפוזרות סביב החוק – איננה כתובה בפירוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). אך גם **בהנחה שהזכות לשוויון לא תפגע, ואפילו היתה כתובה בפירוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואף אם זה היה מאושרר מחדש בחוק משוריין: עדיין, במובן הסימבולי האזרחי, חוק הלאום משדר מסר בעייתי מאד כלפי המיעוטים.** זאת משום ש"הזכות לשוויון" אינה נובעת מתוקף **אזרחותם** אלא אך משום שהם "בני אדם" (חוק יסוד: כבוד האדם, למעט זכות הכניסה לישראל, חל על כל בני האדם). משמע, זכויותיהם מקבילות מבחינת מקורן לזכויותיהם של תיירים, עובדים זרים, שוהים בלתי חוקיים, ואפילו מחבלים המגיעים לישראל ממדינה זרה על מנת לפגוע בה. מכאן שחסר מאד בחוק הלאום יסוד חשוב מאד שקיים במגילת העצמאות, והוא – הציון המפורש של **אזרחות מלאה ושווה** – כמקור לזכות לשוויון, לכלל האזרחים, ובכללם- המיעוטים שאינם יהודים.. העדר האזכור הזה משדר, גם אם ברמה הסמלית, את המסר של אזרחות שאינה שווה ביחס ליהודים ולמי שאינם יהודים. **המסר לאזרחים שאינם יהודים הוא שהמדינה אינה ביתם, ואינה שלהם.**

5. דווקא משום שבהגדרת המדינה את עצמה כיהודית, יש הדרה של הלא יהודים – שאינם יכולים להשתייך ללאום היהודי – מוטלת על המדינה חובה כפולה ומכופלת לנהוג בהגינות ובשוויון במיעוטים שבתוכה. זו חובה מוסרית מן המעלה הראשונה ומבחן חשוב מאין כמותו לדמותה התרבותית-רוחנית. היא נובעת הן מיהודיותה של המדינה והן מהדמוקרטיה שלה.

6. בחוקות של מדינות המעגנות את היותה של המדינה מדינת הלאום בפסקת המבוא (preamble), כאשר החוקה דואגת לציין במפורש כי זוהי "מדינתו של עם" ספציפי, בנוסף לאזכור כללי של הזכות לשוויון (שהוא מובן מאליו וקיים בכל חוקה שהיא) – ישנו גם אזכור ספציפי של העובדה כי המדינה היא גם מדינתם של המיעוטים, או קביעה אחרת, לפיה היות המדינה מדינת לאום, אין בה כדי לפגוע בזכותם של המיעוטים. וזאת, כבר בפסקת המבוא ה"זהותית" עצמה. כך למשל בקרואטיה, בסרביה, בסלובניה, ואפילו בהונגריה, שעוברת תהליכי לאומנות, טרחו לציין זאת במפורש בחוקה. לדוגמה בפסקת המבוא של החוקה הסרבית נאמר

Considering the state tradition of the Serbian people and equality of all "citizens and ethnic communities".

7. באותו הקשר של משפט משווה, יש לציין כי **במול החוקות** שנבדקו, במסגרת המחקר המשווה שהוגש לכנסת לקראת חקיקת החוק, מעוגנת הזכות לשוויון ולאיסור אפליה מטעמים לאומיים/אתניים באופן ברור.

8. נדגיש עוד, כי הטענה כאילו החוק בא אך ורק להסדיר את "הפן הלאומי" ולכן אין שום סיבה לכלול בו את אזכור הזכות לשוויון או עובדת המדינה מדינה דמוקרטית היא טענה מיתממת. החוק הוצג לאורך כל הדרך כ"תעודת הזהות" של המדינה, המקבילה ל-preamble בחוקות העולם. ראשית, גם חוק שעוסק ב"פן הלאומי" צריך להתייחס למעמדם של לאומים אחרים במדינה. מעבר לכך, יש לציין את העדר העקביות שבחוק מבחינה זו, שכן יש התייחסות למשל לשפה הערבית (ראו להלן), שזו זכות קבוצתית של לאום אחר – וההתייחסות היא כזו המשמכת את מעמד השפה הערבית.. מה נובע מכך לגבי הזכויות הקבוצתיות האחרות של המיעוטים? גם היחס (המוצדק) באשר למחויבות המדינה לאזרחים בצרה בשל אזרחותם (סעיף 6 לחוק) – אינו קשור כלל ל"לאום היהודי".

כך הציג ח"כ אמיר אוחנה יו"ר הוועדה המיוחדת לחקיקת חוק הלאום, בישיבה הראשונה והחגיגית שהתחילה את תהליך חקיקת החוק (מתוך פרוטוקול הדיון, 26.7.17):

"יוהנה מדינת ישראל מתקרבת לשנתה השבעים – ותעודת זהות – אין. "בשביל לרחוץ מעל גופנו ונשמתנו את אבק הגלות, את עקבות הסבילות בת שנות אלפיים" אמר ז'בוטינסקי, "נזדקק לזמן ולמים רבים". ...

האם עבר די זמן? האם זרמו כאן די מים?

מטרתה של הועדה הזו, שתייחד עצמה לעיסוק בנושא זה בלבד – להוציא תחת ידיה מסמך מכונן, שיקבע מי היא ומה היא מדינת ישראל, מה אופייה ומה טיבה, ולאורו תפעלנה רשויות המדינה ומוסדותיה.

...

את החוב הזה של הגדרתה של מדינת ישראל במפורש ולא במשתמע, באמירה גלויה ולא מרומזת, במבט ישיר בעיניים ולא בקריצה, אנו חייבים לא רק לתושבי הארץ כולם, ולא רק לשמונים דורות של יהודים שבליבותיהם פעם אותו חלום בן אלפיים שהתגשם בינתיים "לשנה הבאה בירושלים", אלא גם ובעיקר – לדורות הבאים. אותם דורות שנולדו וייוולדו בעולם בו יש מדינת ישראל וישאלו מה היא. מה מייחד אותה מאחיותיה במשפחת העמים, מהו הקוד הגנטי שלה.

מדינת ישראל היא מדינה חזקה, חדשנית, פורצת דרך שרואה בכל אתגר גם הזדמנות ומפיקה מכל הזדמנות את המיטב, אך הגדרה ברורה ואחידה אין לה. מה פירוש מדינה יהודית? מה פירוש מדינה דמוקרטית?"

וכך גם שרת המשפטים באותה ישיבה – מכנה את ה"חסר" שהחוק מבקש למלא – פסקת מבוא:

"בכל מדינה שיש בה חוקה, ויש המון מדינות שיש בהן חוקות, החוקה בדרך כלל מורכבת משלושה חלקים

והפרק השלישי, פרק המבוא בדרך כלל, אצלנו הוא חסר. בחוקות רבות בעולם יש פרק כזה, שמגדיר את ערכי המדינה, את ההמנון, את השפה, את הדגל.

9. אם כן – יו"ר הועדה, בישיבת הפתיחה החגיגית אודות החוק – הוא שהגדיר אותו כחוק מכונן שמגדיר את המדינה. וכך שרת המשפטים הגדירה את החוק כפרק המבוא בחוקה. לא ניתן לחמוק מן המסקנה שהגדרת המדינה בחוק היסוד היא מעוותת וחסרה – היא חסרה את הרגל הדמוקרטית, המבטיחה שוויון אזרחי מוחלט.

10. גם מעבר לפן המשפטי - חקיקת היסוד אמורה לשמש אדן מרכזי בחינוכם של ילדי ישראל. החוק המוצע מזמין חינוך לאומני ואנטי ליברלי. האם לכך אנו רוצים לחנך את ילדינו? בעיקר על רקע של אי הכרת האחר, דעות קדומות אודותיו ויחס מתנכר ועיון כלפיו – העובדה שמסמך מכונן כחוק יסוד, המגדיר את המדינה,

עושה זאת באופן כה מדיר ופוגעני היא מחפירה; ויהיו לה השלכות חמורות ככל שמחדל זה לא יתוקן.

משמעויות פרשניות

היחס בין החוק ובין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

11. לאחר שנחקק החוק, נטענה הטענה כי החוק אינו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוא נועד רק "לאזן" את מגילת הזכויות הקיימת, הכוללת שוויון, שקיימת בחוק יסוד-כבוד האדם וחירותו. טענה זו, אין לה על מה שתסמוך. לא רק שהזכות לשוויון לא כתובה בפירוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, **ושמדובר בחוק בלתי משוריין ומוקדם** לעומת החוק הנוכחי – אלא שהחוק בא **לנסות ולהתגבר** על פרשנות הפסיקה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככזה הכולל היבטים של הזכות לשוויון. החוק המקורי כלל "פסקת עליונות" שבאופן מובהק נועדה להתגבר על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ופרשנותו (וחשפה את מטרתו האמיתית). העובדה שבלחץ היועץ המשפטי לממשלה הוצאה הפסקה אינה שוללת **את מטרת החוק המקורית שהיא לגמד את זכויות האדם, ובמיוחד את הזכות לשוויון; ואין מקום להיתממות בדיעבד באשר לכך**. כך גם אומרים במפורש מובילי החוק, שפסיקת בית המשפט, למשל בעניין *קעדאן* היתה לצנינים בעיניהם. לא ניתן לאחוז את החבל בשני קצותיו: לטעון כי החוק יתגבר על הפסיקה המקבעת את השוויון (כמו בקעדאן) ולטעון שהוא לא יפגע בשוויון מצד שני. כך אמר השר יריב לוין, שהיה איש מפתח בקידום החוק מטעם הקואליציה, לאחר שעבר החוק (ראיון ב- Ynet 16.7.18):

"הגענו למין מציאות שבה הדבר הכל כך מובן הזה של הזכות שלנו להתיישב בכל מקום, של החובה של המדינה לעודד התיישבות יהודית, של הלגיטימיות של מתן תמריצים להתיישבות יהודית, כל הדברים האלה הפכו לאי שוויון ולאפליה פסולה, ואת זה אנחנו באים לתקן"

בדבריו של השר לוין בדיון הפתיחה של הועדה בכנסת, עלה בפירוש הנסיון לפגוע בפרשנות הקיימת של בית המשפט לחוקי היסוד הקיימים:

"אני חושב שכאשר נחקקו חוקי היסוד, שעוסקים, כפי שאמרת, בנושאים החשובים והראויים של זכויות אדם וזכויות אזרח, לא היתה בשום שלב שום כוונה שהדברים האלה יבאו במקום ועל חשבון זהותה היהודית של המדינה, אלא שבהיעדר הסדר

חוקי מקביל, שעניגן את מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, היו מי שפירשו את המצב כאילו הוא משנה את מושכלות היסוד שעמדו ביסוד הקמתה של מדינת ישראל, וכאילו הוא מטה את המשקל לכיוון אחר מזה שאליו התכוונו כאשר כוננה המדינה ולאורך כל שנותיה. החוק הזה בא להשיב את הסדר בעניין הזה על כנו" (פרוטוקול הדיון, 26.7.17)

גם השרה שקד, בראיון בכנס "הקונגרס הישראלי ליהדות ודמוקרטיה" (דיווח בהארץ, רויטל חובל, 12.2.18) הבהירה את כוונת החוק האמיתית:

"ברגע שמכניסים את המילה שוויון, שהיא מילה מאוד כללית, אז בית המשפט יכול לקחת אותו וללכת איתו מאוד מאוד רחוק. יש מקומות שבהם צריכים לשמור על צביונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וזה בא לפעמים גם על חשבון השוויון".

12. כאמור לעיל, ניתן יהיה לטעון – הגם שעסקינן בחוקי יסוד ולא בחוקים רגילים – כי חוק יסוד מאוחר ומשוריין מתגבר או לכל הפחות משנה את פרשנותו של חוק יסוד קודם ובלתי משוריין ככל שיש סתירה ביניהם, וכי יש עדיפות לאופייה הלאומי של המדינה על פני הזכות לשוויון, שאינה מוזכרת במפורש בחוקי היסוד. אכן, ישנה סבירות כי בית המשפט ידחה את התזה הזו ויפרש את הוראות חוק היסוד כך שלא תהיה בהן פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעיקר משום ששמירת אופי לאומי אינה יכולה להצדיק פגיעה בשוויון האזרחי. אך לכך יהיה מחיר: פרשנות כזו תהיה מנוגדת לטקסט (בוודאי לגבי סעיף 7 ועל כך ראו להלן) ושוב ייקל להציג את בית המשפט כסותר את "רצון העם". אך ברור כי גם אם לכך תיטה דעת הרוב בבית המשפט, לא ניתן "להשען" על רוב בבית המשפט כערובה לזכויות חוקתיות. החוקה היא שצריכה להבטיח את הזכות לשוויון, ולא רוב בבית המשפט, המפרש חוק מפלה כחוק שאיננו כזה. גם בבית המשפט הנוכחי, ישנה סכנה כי בכל שאלה חוקתית, שיש לה מימד או היבט זהותי או תרבותי או שניתן לשוות לה מימד כזה, לרבות שאלות העוסקות במעמדם של מיעוטים ובזכויות של הנמנים עליהם, או משליכות על אלה, החוק המוצע עלול לפגוע במשמעותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך לטרפד את ההגנה על זכויות האדם ועל המיעוטים (הלא-יהודיים). בעצם האפשרות להעלות טענות, בהסתמך על חוק היסוד, שתכליתן לעקר את משמעותה של הזכות לשוויון יש נזק חברתי וחינוכי.

משמעויות עתידיות שקשה יותר לצפות

13. יש לזכור שמסמך חוקתי, בוודאי מסמך חשוב כל כך כמו חוק המגדיר את המדינה, הוא חוק שיכול להשפיע על המציאות בכל מיני נסיבות שישתנו וקשה לצפות אותן מראש.

14. כך למשל, קשה להתעלם מהאפשרות כי ישראל תחליט לספח את שטחי יהודה ושומרון או חלקים מהם בעתיד. האם החוק יוכל לספק צידוק לכך שלא יינתנו זכויות אזרח מלאות לכל אותם פלסטינים המתגוררים בשטח המסופח?

15. מעבר לכך, "חוק הלאום" הוא רק אחד מתוך שורה ארוכה של הצעות חקיקה הפוגעות בערכי הדמוקרטיה: בחופש הביטוי, בעמותות זכויות האדם, במיעוט הערבי, בבית המשפט ובשומרי הסף. בהחלט ייתכן כי החוק ישמש כבסיס וכהצדקה להמשך הנסיונות לחוקק ולהציע חוקים כאלה, כגון חוקי ה"נאמנות-אזרחות" שהוצעו בכנסת ה-18, ושהיו שניסו להחיותם מחדש גם בכנסת הנוכחית.

התייחסות לסעיפים ספציפיים

זכות "דתית" להגדרה עצמית?

16. מהאזכור כי מדובר בזכות "דתית" להגדרה עצמית ברור הנסיון "לשכתב" את מגילת העצמאות, וליצור תשתית ערכית חדשה ושונה מזו המתבטאת בה. בהקשר זה נוספה על הזכות הטבעית וההיסטורית של העם היהודי (והחלטת העצרת של האומות המאוחדות) להגדרה עצמית, שמכוון הוכרזה המדינה (כפי שקיבלו ביטוי בהכרזה), גם נופך דתי. ל"תוספת" זו יכולות להיות משמעויות קשות באשר לאופיה של המדינה, ולהצדקת חיזוק השפעת הדת על המדינה. **כך נצבעת ישראל בצבע של מדינת דת. האפיון הזה של המדינה עלול להיות בסיס לכול הישענות על הדת כדי להצדיק מהלכים מדירים ומדכאים, אפליה לרעה נגד ציבורים שונים, הדתה בחינוך ובמרחב הציבורי.** ככול שמדובר בביסוס זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית כלפי פנים, התוספת הזו גורעת מבחינת מי שאינם מחויבים לדת, והם הרוב במדינת ישראל. ככול שמדובר בביסוס כזה כלפי העולם – אין לכך תקדים בעולם החופשי ומבחינת רוב העולם, התוספת הדתית מחלישה את הזכות, בבחינת כול המוסיף- גורע.

הדרת הערבים ופגיעה במעמד התרבות והשפה הערבית

17. החוק פוגע קשות במי שאינם יהודים, ובמיוחד באוכלוסייה הערבית. הוא עלול להביא לכך שרוב הערבים הישראלים ימנעו מהשתתפות בהליכים הדמוקרטיים בישראל. מצב זה - שיש אולי כאלה המעוניינים שייגרם או שישמחו מהווצרותו –

ישים קץ לדמוקרטיה הישראלית. דמוקרטיה שבה חמישית מסויימת מן האזרחים אינם משתתפים בבחירות כעניין שבעיקרון בשל הפלייתם לרעה – לא ראויה להיקרא דמוקרטיה.

18. החוק מתעלם כליל מקיומו של המיעוט הערבי. מה אמור לחשוב אזרח ערבי, למקרא החוק המתיימר להוות אבן בניין ואף יותר מכך, אבן הראשה, לחוקה? הוא קורא כי ישראל שייכת באופן בלעדי לעם היהודי - כלומר לכל יהודי בעולם אך אינה שייכת לאזרחים הערבים שחיים בה.

19. האזכור היחיד לערבים הוא בהתייחסות לשפה הערבית. אלא, שההתייחסות היא דווקא לשם ביטול מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית שנייה, והפיכתה לשפה בעלת "מעמד מיוחד". לקראת הדיון האחרון בוועדה אף הוחמרה פגיעת הסעיף. הושמט ממנו הביטוי המאזן לפיו החוק יעניק "זכות נגישות לשונית לשירותי המדינה". למרות מה שנטען במספר פרסומים, פסיקתו של בית המשפט העליון בנושא זה היתה חד משמעית, והיא שהשפה הערבית היא שפה רשמית בישראל. (בג"צ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו ואח' פד"י נו(5) 393**, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק; פס' 7 לפסק דינה של השופטת דורנר). החוק עצמו, בנוסחו המעודכן קובע כי "אין בסעיף זה כדי לפגוע במעמד השפה הערבית בפועל ערב תחילתו של חוק זה". נשאלת השאלה – מדוע אין החוק מכיר מפורשות במעמדה של הערבית כשפה רשמית שנייה אלא אם הכוונה להוסיף פגיעה נוספת במיעוט הערבי? יש בכך שינוי בלתי מוסבר לסטטוס קוו שמתקיים מאז קום המדינה. מעמדה הרשמי של השפה הערבית אינו גורע ממעמדה של העברית כשפת המדינה, ואילו הסרת המעמד הזה משקפת גישה בלתי סובלנית ובלתי מכבדת כלפי מי שאינם יהודים, בנקודה שיש בה רגישות מיוחדת. יש להודות כי המשמעות שהוענקה בפועל למעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית הייתה רזה וענייה. באמצעות שלילת הרשמיות, נסגרת, במידה רבה, הדלת בפני מתן משמעות רחבה יותר למעמד השפה הערבית. כבדרך אגב, נגרמת פגיעה גם בציבור היהודי שהערבית היא שפתו השנייה. חמור מזה, הפגיעה במעמד השפה הערבית תהיה לצנינים בעיני מדינות האזור, שהן מדינות ערביות, ושלישראל יש עניין מובהק בשיפור היחסים עמן.

מעבר לכך, יש לציין כי הזכות ל"שימור מורשת ותרבות" שהיתה קיימת בטיטות החוק, (סעיף 7(א) בנוסח ההצעה) ועברה אף קריאה ראשונה, נמחקה ממנו בסופו של דבר, וללא הנמקה כלל. נשמעו ביקורות מוצדקות על סעיף זה, בין השאר שהוא נכלל בחוק ללא פסקת הגבלה או שמירת דינים; ומכאן שהוא עלול לתת אוטונומיה תרבותית מוגזמת ביותר לציבורי מיעוט בישראל. אך מכאן ועד מחיקתו כליל הדרך ארוכה, ועושה רושם שלא נשקלו כלל המשמעויות של מחיקה

זו. בחוק יסוד כזה, המרוכז כל כך בזכויות הקולקטיביות של הרוב, ישנה התעלמות מוחלטת מזכויות קולקטיביות (שממילא זכות למימוש מסוים גם כיום) למיעוטים. גם כאן, יכולה להשמע טענה שמחיקת הסעיף משדרת שינוי של זכויות המיעוטים לשמר ולקדם את תרבותם ומורשתם במדינת ישראל, וזאת בניגוד לסעיף 27 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות,¹ אמנה שישראל מחוייבת בה. זכות זו תבעו לעצמם היהודים בגולה לפני הקמת המדינה, ועדין תובעים לעצמם יהודי התפוצות. הדעת אינה סובלת שמיעוטים במדינת היהודים לא ייהנו מאותן זכויות.

התיישבות יהודית

20. לפי סעיף 7 "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". יש לזכור שסעיף זה הוכנס לחוק "ברגע האחרון" במקום סעיף ההפרדה בישוים (סעיף 7(ב) להצעה), שנמחק לאחר ביקורת ציבורית גדולה. אך בהחלט ניתן לשאול – מה הועילו חכמים בתקנתם? **למעשה דווקא סעיף זה הוציא את המרצע מן השק והוכיח לנו, ולעולם כולו, שכל כוונת ה"הפרדה" היתה להצדיק הקמת ישובים ליהודים בלבד. בניגוד לסעיפים אחרים בחוק הנובעים ישירות מאופיה של המדינה ואין להם השלכות ישירות על זכויות האדם, הסמכת המדינה (ואולי אף חיוב שלה) להפלות בין אזרחיה, בתחום החשוב של התיישבות, על בסיס שיוכם האתני סותרת בעליל את עקרון השוויון בין האזרחים. הסעיף מוכיח שחוק היסוד נועד להפלות לרעה את הערבים – ובדיוק בנקודה הרגישה ביותר של התיישבות וקרקות. גם בהיבט הזה החוק סותר במפגיע את מגילת העצמאות, בה נאמר, בין השאר, "כי המדינה תשקוד על פיתוח את הארץ לטובת כל תושביה". מושגים ופרקטיקות שהיו יפים לשעתם, לימים של טרם מדינה ומאבק לשם הקמתה, כמו "התיישבות יהודית" ו"עבודה עברית" איבדו את הרלבנטיות שלהם לאחר הקמת המדינה. במציאות של מדינת לאום מודרנית ודמוקרטית הם סותרים מושכלות יסוד, ואין להם מקום.**

חילול בוטה של ערך השוויון, הוא מעשה שלא יעשה. הוא מכתים את החוקה המתהווה של ישראל, במקום שאמור (יותר מכול הקשר אחר) לשקף את דמותה של המדינה ואת ליבת הערכים שלה. אנו מודעים לפרשנות אותה הביע המשנה ליועמ"ש בועדה בטרם ההצבעה, לפיה לא יהיה בכך כדי להצדיק אפליה של אף אדם. ספק אם ניתן לקבל דברים אלה כפשוטם בשים לב לכך שכבר היום יש

¹ סעיף 27: "באותן מדינות שבהן קיימים מיעוטים אתניים, דתיים או לשוניים, לא ישללו מבני אדם המשתייכים למיעוטים אלה את הזכות לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, או להשתמש בלשונם, בצווחת עם החברים האחרים שבקבוצתם".

בישראל בסיס חוקי לאפליה התיישבותית בפועל נגד ערבים, בגיבוי היועץ המשפטי לממשלה, בחוק ועדות הקבלה, כאשר ברור שהסעיף בדבר איסור אפליה אינו אלא מלבין מלאכותי המבוסס על קריצת עין. אך גם אם זו הפרשנות שתתקבע בפועל – יש לזכור שחוקה היא לא מסמך לשעתו. היא נועדה להיות אתנו עשורים רבים, ואף למעלה מזה. טעות קשה היא להשאיר בחוקה של מדינת ישראל סעיף שהפרוש הפשוט שלו היא רישיון להפליה. אנו חוזרים ומפנים לאמרתיו של השר לוי, שהחוק יאפשר "תמריצים כלכליים" ליהודים. יש לזכור גם כי הסעיף הנוכחי לא מגביל עצמו ליישובים "קהילתיים" (כמו הסעיף שנמחק) ולכן היקף תחולתו נרחב יותר. הפירוש הפשוט של חוק היסוד הוא הטלת חובה על המדינה לעודד ולקדם התיישבות יהודית, מה שלא היה קודם, ומחריף מבחינה זו את המימד המפלה. ככול שהחוק יתפרש כחל גם על התיישבות יהודית בשטחים (וכך התפרסם לאחרונה, שמתכוונת המדינה לטעון בעתירה בעניין "חוק ההסדרה"), הוא סותר את המשפט הבינלאומי, ועלול לסבך בהליכים משפטיים מחוץ לישראל את הנהגת המדינה.

21. בייחוד בהקשר זה, חוק היסוד סותר בצורה חזיתית את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום פגיעתו הקשה, שלא לתכלית ראויה, בשוויון. כאמור לעיל, מצב זה של חוק יסוד הסותר חוק יסוד קודם, ולא כל שכן חוק יסוד הסותר ערכי יסוד של השיטה כמו שוויון, יציב את בית המשפט במצב בלתי אפשרי בו הוראה חוקתית, במקום להגן על זכויות אדם – מפרה אותן. בייחוד בימים אלה של מתקפה על הלגיטימיות של בית המשפט העליון בכלל, ועל הביקורת החוקתית שהוא מקיים בפרט, גלגול "תפוח אדמה" לוחט שכזה לפתחו של בית המשפט עלול לפגוע באמון שהוא זוכה לו בציבור, תהא החלטתו בנדון אשר תהא.

הקשר עם היהדות בתפוצות

22. סעיף הקשר עם התפוצות עבר שינוי תמוה ומזיק. במקום הנוסח המקורי של הצעת החוק, שהבטיח כי המדינה "תפעל לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי בכל מקום שהם", נחקק כי המדינה "תפעל **בתפוצות** לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי" – זאת בלחץ גורמים בקואליציה שדאגו פן החוק, חלילה וחס, יקים למדינה חובה לכבד זרמים ביהדות שאינם אורתודוקסים. תיקון זה בחוק מהווה זלזול חמור ביהדות התפוצות, שכן לפיו, לממשלת ישראל, אין כל חובה לטפח ולשמר את הזיקה עם בני העם היהודי בישראל. עליה לעשות זאת אך ורק בתפוצות. ואילו כאן בישראל – היא רשאית "לחרב" את הקשר הזה

ולגרום לניכור בינינו ובין חלקים משמעותיים של העם היהודי. תיקון זה מצביע בעינינו שוב, על כך שהחוק לא רק סותר את האופי היהודי של המדינה אלא את הציונות עצמה. גם מן ההיבט הזה החוק מנציח ומרומם את הפגיעה בערך השוויון, הפעם שוויון בין הזרמים היהודיים הדתיים השונים, באמצעות מונופול לזרם האורתודוכסי.

תכלית החוק: האם יש צורך בחוק ומהי תכליתו?

23. בכל הכבוד, אנו חולקים על תכלית החקיקה, כפי שהיא הוסברה בדברי ההסבר לחוק. מחד, נטען כי קיימת הסכמה רחבה בציבור על הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית. אכן, גם מדדי הדמוקרטיה, שמפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה, מאששים קביעה זו: אין חשש להזדהות אזרחי המדינה היהודים עם הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית. חקיקת החוק תוך מחלוקת קשה אודותיו, כאשר האופוזיציה כולה מתייצבת נגדו, דווקא מחלישה את אופיה היהודי של המדינה, ועלולה להתפרש מחוץ למדינה כמחלוקת מהותית בסוגיה זו למרות שלא זו משמעות ההתנגדות. ברור שכאשר ראש הממשלה מאשים את מתנגדי החוק כמי שמתנגדים "לדגל ולהמנון", הוא משחק לידיהם של שונאי המדינה.

24. לפי דברי ההסבר שפורסמו להצעת החוק, נחיצות החוק היא משום ש"יש המבקשים לבטל את זכותו של העם היהודי לבית לאומי בארצו, ואת ההכרה במדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי". האם חקיקה ישראלית היא מענה למחשבות ושאיפות של עמים ולאומים אחרים? האם ניתן לטעון ברצינות שהתעורר צורך כזה בעת האחרונה, שכן מאז הקמת המדינה ועד היום הסכימו עמי האזור לזכותו של העם היהודי למדינה והכירו במדינת ישראל כמדינה יהודית? האם בעקבות חקיקת חוק כזה ישנו בעלי הדעה האמורה את עמדתם? יתר על כן, צריך להשיב ביושר לשאלה – האם חקיקת חוק כזה תחזק את מעמדה של ישראל בעולם כמדינת הלאום של העם היהודי או תחליש אותו? לדעתנו, היא תשמש מנוף, והיא כבר משמשת, בידי הכוחות העוינים לישראל לטעון נגד הלגיטימיות של ישראל כמדינה יהודית ואף לטעון את הטענה השקרית לפיה "ציונות = גזענות". חוק היסוד מעניק ליהודיות המדינה משמעות בעייתית. יוצא ממנו שיהודיות המדינה כרוכה בצמצום אופייה הדמוקרטי ובהפלייה לרעה וקיפוח של מי שאינם יהודים. לא רק שהחוק איננו מגן על אופייה היהודי של ישראל; הוא חושף את מהותה היהודית לקשות שבביקורות. על כן החוק חותר – בפועל – תחת יהודיות המדינה ומסכן אותה. לא זאת בלבד שהוא לא מחזק את אופייה היהודי של המדינה, אלא שהוא משדר מסר ברור של חוסר בטחון ושל



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הקצנה ופונדמנטליזם. עיגון חוקתי של המובן מאליו רק קורא להרהור ביסודות אלה ואף לערעורם.

25. אין מנוס מן המסקנה שהתכלית האמיתית בחוק היא לפגוע בשוויון. כך עלה מהניסוח המקורי שביקש להתגבר על כל החקיקה הקיימת; כך עלה מן ההתעקשות שלא לכלול בחוק את הזכות לשוויון; כך עלה מסעיף 7 לחוק. כך עלה מדבריהם של מובילי החוק. זו תכלית החוק, והיא פסולה בעליל.

26. החוק מתעלם מהכוח הפוליטי, החברתי, הכלכלי והתרבותי של הרוב בדמוקרטיה – מכח היותו רוב. אל מול הכוח הזה – כך ההגיון החוקתי – טעון דווקא המיעוט הגנה מיוחדת מטעמי צדק והגינות, לבל יפול למרמס תחת רגליו של רוב עריץ ועושק. החוק הופך הגיון חוקתי זה על ראשו ומתייחס לרוב היהודי בישראל משל היה מיעוט. הצדקת החוק בטענה שגם לרוב היהודי מגיעות זכויות היא ביטוי לחוסר הבנה יסודי. החוק גם משדר חוסר בטחון ביכולתו של הרוב להמשיך ולהתקיים. לחוסר הביטחון הזה אין כל בסיס אובייקטיבי או ממשי.

27. באשר לטענות כאילו החוק מכסה "שטח מת" במאטריה החוקתית בישראל, יש לומר כי הן שגויות. עובדת היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית מעוגנת היטב בחוקי היסוד (חוק יסוד הכנסת, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, חוק יסוד חופש העיסוק) ובחוקים רגילים, כגון חוק השבות, שבפסיקת בית המשפט העליון מתייחסים אליו כחוק המעניק זכות יסוד חוקתית לשבות ליהודים (בג"צ 7625/16 רגזיבה נ' שר הפנים). מכאן שאין באמת "חסר" באשר להגדרת המדינה כמדינת לאום. אין גם שחר לטענה שהושמעה לאחרונה, לפיה נדרש חוק היסוד הזה כדי להגן על חוק השבות. אין שום דבר שמסכן את חוק השבות. גם טענת חלק מהמצדיקים את החוק, שהוא "דקלרטיבי" בלבד, מעידה שבפועל אין שום לאקונה בחוקים הקיימים.

השלכות נוספות

28. חוקה אמורה להיות מסמך מאחד ומאחה. החוק כפי שהוא מנוסח, מעבר להדרת המיעוטים שבה, משדר מסר מנכר גם כלפי מי שהם יהודים ציוניים בעלי השקפת עולם ליברלית. הוא יגביר עוד את השסע הקיים גם ככה בין ציבורים ליברליים ובין אלה שאינם כאלה, ועלול לגרום לפגיעה במידת הזדהותם עם המדינה. החוק פוגע קשות בלכידות החברתית בישראל וביסוד של אזרחות משותפת לכלל אזרחי המדינה.

29. חוקתה של ישראל אמורה להיות מקור ובסיס להזדהותם של יהודי העולם עם המדינה היהודית. יהודי העולם, שהם עצמם מיעוטים במדינותיהם, לא יוכלו

להזדהות עם חוקה שנוהגת באופן מדיר כלפי מיעוטים, שיוצרת תשתית להפלייתם לרעה, וכול כולה- מאבק נגד השוויון. בכך תיפרד ישראל ממסורת יהודית ארוכה של מאבק למען שוויון ולמען זכויות מיעוטים.

30. יש להביא בחשבון את הפגיעה במעמדה של ישראל בעולם בעקבות חקיקה זו. בדומה לחוקים אחרים שנחקקו בשנים האחרונות, וחוק זה באשר הוא חוק יסוד העוסק בזהות המדינה אף ביתר שאת, יעורר ללא ספק גינויים ומחאה כלפי ישראל, הנוטשת את אופייה הדמוקרטי, ופוגעת במעמדם ובזכותם לשוויון של המיעוטים.

31. היותה של ישראל דמוקרטיה מהותית, ולא רק פורמלית, היא נכס אסטרטגי ממעלה ראשונה. לא בכדי מנהיגי ישראל, וכך גם ראש הממשלה בנאומיו בעולם, מדגישים ומתגאים באופייה הדמוקרטיה של המדינה וביחסה השוויוני למיעוטים. נכס זה אינו מובן מאליו, ואילו החוק עלול לשמוט את הביסוס העיקרי לטענות דומות בעתיד.

32. יש להזכיר בהקשר זה את פסק הדין המפורסם של בית המשפט העליון הקנדי (1998), באשר לנסיון הפרישה החד צדדי של קוויבק מהפדרציה הקנדית. בית המשפט ניתח את הדין הבינלאומי באשר לאפשרות הפרישה של מיעוט אתני. לפי פסק הדין, במצבים מסוימים, יתכן שתקום זכות למיעוט לפרוש ממדינת האם, ככל שאותו מיעוט סובל מאפליה ופגיעה קשה בשוויון, וככל שזכותו להגדרה עצמית תרבותית במסגרת מדינת האם אינה מקוימת. ברור לגמרי כי יהיו מי שישתמשו בחוק ובטענות שמעלים מנסחיו, כאילו אין זכות להגדרה עצמית (במובן התרבותי, החינוכי, הדתי) לאף עם אחר בישראל, במצטבר לפגיעות אחרות באוכלוסייה הערבית בישראל, כדי לטעון כאמור. לעצם העלאתה של טענה כזו יהיו השלכות קשות על מעמדה הבינלאומי של ישראל, הן ברמה המדינית והן ברמה המשפטית.

סיכום

מדובר בחוק יסוד שתכליתו פסולה, אין צפויה ממנו תועלת כל שהיא, ולעומת זאת, נזקיו גדולים וקשים.

חוק היסוד פוגע קשות בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוא יוצר מציאות בלתי-נסבלת מבחינתם של מי שאינם יהודים, בכך שהוא מדיר אותם ממדינתם, ויוצר



תשתית להפלייתם לרעה. במקום לאפשר לכול אזרחי המדינה לראות את המדינה כביתם, כמתחייב בכול מדינה דמוקרטית, גם כאשר היא מדינת לאום - הן משיקולי צדק והוגנות והן משיקולים תועלתניים - עושה החוק את ההיפך. הוא מטפח תחושות של ניכור ועוינות. וכבר הומחש הדבר היטב בהפגנותיהם של דרוזים וערבים, יחד עם יהודים סולידריים, שחוש הצדק שלהם מתקומם נגד העוול החוקתי שגורם חוק היסוד. גם אם בטווח הזמן המיידי יעקר בית המשפט, באמצעות פרשנות, את הפוטנציאל המפלה שבחוק, יש מקום לחשוש שבעתיד הוא ישמש מנוף לאפלייה לרעה של מי שאינם יהודים.

בכבוד רב,

ד"ר עמיר פוקס, עו"ד

פרופ' מרדכי קרמניצר

המכון הישראלי לדמוקרטיה